✠ 19

JESVS,
MARIA, Y JOSEPH.

APVNTAMIENTO POR DOÑA MARIA ANDRES Soler de los Cobos, *Num. 9.*

EN EL PLEYTO

CON DON FRANCISCO SV HERMANO, *Num. 10.* Y Doña Mariana de los Cobos su Tia, *Num. 8.* Y Don Fernando Pando Santa-Cruz; Y Don Manuel Pando su marido, y hijo, *Num. 12.*

SOBRE

La succession de el Mayorazgo, que fundò Andrès Soler, vezino de Origuela, en el Reyno de Valencia.

Num. 1. PORque se avrà referido el hecho largamente por las otras partes, solo se propondrà lo que conduce à la pretension de Doña Maria.

2 Andrès Soler, *Num. 1.* vezino de la Ciudad de Origuela, fundò vn fideicomisso perpetuo, y Vinculo de sus bienes en 18. de Março de 590. y por no tener hijos, dexò à su muger Doña Beatriz Vich el vsufructo por los dias de su vida, y despues à su hermana Doña Geronima Soler, *Num. 2.* casada con Don Juan Zanoguera; y despues llamò à su hijo segundo, si le tuviesse, y si no à su hija segunda, y sus descendientes por orden de mayoria. Y que si el hijo segundo, por muerte del primero, succediesse en el Mayorazgo de Zanoguera, passasse este al hijo tercero. Y en vn Codicilo de 29. de Agosto de dicho año, diò facultad al hijo mayor, para que si quisiesse pudiesse elegir este Vinculo, y dexasse el de Zanoguera à su hermano segundo.

3 Succediò Doña Geronima Soler, *Num. 2.* hermana del Fundador; y por su muerte Doña Geronima Zanoguera y Soler, su

hija segunda, *Num.* 4. quien falleciò en 13. de Febrero de 658. y por no aver dexado hijos, entrò en la possession en el mismo mes Doña Concordia Dominguez y Zanoguera su sobrina, *Num.* 5. posseedora de el Mayorazgo de Zanoguera, como hija vnica de Doña Ana Zanoguera, *Num.* 3. que fue la primogenita de Doña Geronima Soler, hermana del Fundador; Al tiempo que Doña Concordia tomò possession de dicho Vinculo, yà tenia à Don Juan, Doña Ana Maria, y Doña Mariana de los Cobos sus hijos, *Num.* 6. 7. 8. Y por aver muerto Doña Concordia en 6. de Abril de 689. se hizieron diferentes embargos; Y por la Escritura de concordia, hecha entre Don Francisco, Doña Maria hermanos, *Num.* 9. & 10. con Doña Mariana de los Cobos su Tia, *Num.* 8. y Don Fernando Pando, y Don Manuel Pando su marido, y hijo, *Num.* 12. se litiga la propriedad de este fideicommisso en este S. S. C. en que Doña Mariana, *Num.* 8. pretende que Don Francisco, *Num.* 10. su sobrino, elija vno de los dos Vinculos, y del que dexare se la declare por sucessora. Doña Maria, *Num.* 9. pretende, que su hermano elija, pero que se la declare por successora del que dexare.

4 Los motivos son, que el Mayorazgo del dicho Andrès Soler es de secundogenitura, ò incompatible con el de Zanoguera, de que es posseedor el dicho Don Francisco. Lo segundo, que debiendose separar por esta causa este Mayorazgo, debe dividirse en Doña Maria, y no en Doña Mariana su tia.

5 En quanto al primer punto, no se debe dudar, que el Mayorazgo de dicho Andrès Soler fuesse de secundogenitura, y incompatible con el del Primogenito; porque siempre que se dexa à los secundogenitos, tienen exclusion los primogenitos, y deben succeder solamente los que tienen la linea secundogenita, Galganet. *de condit. & demonstr. 2. part. cap. 6. quæst. 5. num.* 13. & 14. D. Molin. *lib. 3. cap. 2. num.* 28. Castill. *lib. 5. cap.* 181. *num.* 34. & 35. Rojas 1. *part. cap. 8. num.* 38. & 4. *part. cap. 1. à num. 5. & num.* 87. & 8. *part. cap. 7.* & Addit. *part. 1. cap. 8. num.* 28. Porque estos Mayorazgos de secundogenitura se goviernan de la misma manera, que los de primogenitura, como ex Socino *cons. 47. num.* 12. *volum.* 3. lo asienta Tyberio Deciano *respons.* 7. *num.* 52. Robles *lib. 2. cap. 6. num.* 5. Mieres 2. *part. quæst. 4. illat. 8. num.* 334. Addit. ad Rojas 1. *part. cap. 8. num.* 30. Y assi, como en el Mayorazgo de primogenitura no succede el secundogenito, de la misma suerte se excluye el primogenito de el de secundogenitura, Rojas *supra, & maximè* 4. *part. cap. 1. num.* 87. & *part.* 8. *cap. 7. num.* 18. Castill. *lib. 3. cap. 28. num.* 26. & *lib. 5. cap.* 178. *à num.* 10. *ad fin. & num.* 11. & *cap.* 181. *num.* 4. & *benè* Addit. ad Rojas 1. *part. cap. 8. num.* 30.

De

6 De que nace, que este Mayorazgo de Secundogenitura, tiene, por su naturaleza, incompatibilidad con el de Primogenitura, por lo menos en quanto à la exclusion del Primogenito, à quien no se le permite la succesion, porque no se vnan los Mayorazgos, si bien en quanto à la forma de la division puede aver alguna diferencia; y assi lo suponen Castillo *dict.cap.* 178. & 181. Rojas *vbi supra* y pone con los incompatibles à los de Secundogenitura, Molin. *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 28. 29. & 30.

7 Y demàs de assegurar este concepto el discurso referido, lo manifiesta la expressa voluntad de Andrès Soler, que quiso dividir, y apartar los dos Mayorazgos en personas distintas, no permitiendo que estuviessen vnidos en vn posseedor, lo qual constituye incompatibilidad en dicho Vinculo, Rojas 7. *part. cap.* 6. *num.* 37. & 38. Castill. *dict. cap.* 181. Y sucede lo mismo quando por razon de Apellido, y Armas, ù otro precepto semejante, no pueden dos Mayorazgos residir en vna persona. Molina *supr. cap.* 2. *à num.* 29. vbi Addent.

8 Y lo declara la Clausula segunda del Codicilo, en que dexò la eleccion de este, ò del Mayorazgo de Zanoguera al Primogenito de su hermana, efecto proprio de Mayorazgo de incompatibilidad, *leg.* 1. & 2. *cum seqq. de optim. legat.* D. Larrea *decis.* 52. Rojas *part.* 7. *cap.* 4. *à num.* 45. & *eius Addit. à num.* 55. Y assi que el Mayorazgo se llame de Secundogenitura, ò incompatible para el caso presente, es question de nombre.

9 Solo pues consiste la dificultad, en si la Secundogenitura, ò incompatibilidad expressada en los hijos segundos de Doña Geronima, *Num.* 2. se ha de considerar en la linea Primogenita de Doña Ana, ò Doña Concordia, *Num.* 3. & 5. Don Francisco intenta, que esta calidad de incompatible, ò de Secundogenitura, se suprimiò, y acabò, por aver muerto Doña Geronima Zanoguera Soler sin descendientes, quien sucediò en este Vinculo, como hija segunda de Doña Geronima, hermana del Fundador, en quien, y demàs hermanos, tercero, y quarto dispuso la incompatibilidad, y separacion de dichos Mayorazgos, y no en los descendientes de la linea Primogenita. Pero se satisface à este reparo, con que la incompatibilidad, ò Secundogenitura, dispuesta por el Fundador, se debe considerar perpetua, y absoluta, no solo en los hijos segundo, tercero, y quarto de Doña Geronima, hermana del Fundador, sino en los descendientes del Primogenito: porque la causa de aquella disposicion, fue, que no estuviessen vnidos ambos Mayorazgos; y la razon de la Secundogenitura, ò incompatibilidad, milita en los descendientes de la linea Primogenita, como en los primeros hijos, segundo, y ter-

tercero, à quienes expressamente se llamò à la succesion. Y aunque en esta materia ay authoridades por ambas partes, defienden esta opinion Don Juan del Castillo, *tom. 6. controu. cap.* 181. Rojas *de incompatib. 4. part. cap. 1. num. 87. & cap. 2.* D. Larrea *decis.* 51.

10 Dizese à esto, lo primero, por Don Francisco, que no ay llamamiento, ni voluntad de Secundogenitura, ò incompatibilidad, substituyendo al hijo segundo, ò los demàs; y que en estos casos no ay lugar à congeturas, ni interpretacion de voluntad, por los Fueros del Reyno de Valencia: à que se satisface, que no se excluye la inteligencia interpretativa de las clausulas, y voluntad de el Fundador, como lo dize D. Crespi *observat. 1. à num.* 11. y la que se dà en este caso solo es interpretacion, no extension.

11 Lo segundo, se dize, que el Fundador se acordò en el Codicilo, que podia succeder vno en ambos Mayorazgos, y con efecto le llamò, y despues de èl no substituyò al hijo segundo: y assi debe succeder el primogenito. Pero se excluye este reparo, con que el llamamiento del hijo, ò hija vnica, està hecho con las calidades, y condiciones expressadas en el testamento, cuya clausula es repetitiva de toda la irregularidad, y secundogenitura, contenida en el testamento, Molina *lib. 3. cap. 5. à num.* 58. *& num.* 64. vbi Addentes.

12 Supuesta la incompatibilidad de estos Mayorazgos, y que es preciso se dividan en diferentes personas, entra el segundo motivo de Doña Maria, que se debe hazer la separacion, y division en ella, y no en Doña Mariana su tia, *Num.* 8.

13 Este intento parece que tiene toda calificacion, considerando el curso de succesion, que ha debido tener este Mayorazgo, y la demanda de eleccion puesta à Don Francisco, *Num.* 10. Para considerar el curso de succesion, y reconocer quienes ayan sido dueños del Mayorazgo, se ha de atender al tiempo de las vacantes, *leg. 2. §. In filijs, ff. de condit. & demostr. leg. Non opportet* 52. *ff. de legat.* 2. D. Molin. *lib. 1. cap. 13. num. 36. & lib. 3. cap. 2. à num.* 16. Mieres *de maiorat. 1. p. quæst. 2. num.* 11. D. Solorzan. *de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 18. num.* 3. D. Valenç. Velazq. *cons. 83. num.* 3. D. Larrea *decis. 51. num. 32. & decis. 52. num.* 19. Rojas 1. *part. cap. 4. num. 25. & 7. part. cap. 6. num. 27. & 28.* Y esto se debe observar inviolablemente, aunque mucho despues se declare à quien toca la succesion, *leg. Herennius Modestinus 42. ff. de vsuris*, Paz de Tenut. *cap. 11. num.* 2. Matienço *in leg. 8. tit. 7. lib. 5. Recopilat. gloss. 4. num.* 2.

14 Succediò en este fideicommisso de Soler Doña Geronima Zanoguera y Soler, *Num.* 4. la qual muriò sin succesion el año

de

de 658. teniendo yà Doña Concordia su sobrina, *Num.* 5. à Don Juan, Doña Ana, y Doña Mariana, *Numeros* 6. 7. 8. la dicha Doña Concordia, *Num.* 5. entonces estava posseyendo el Mayorazgo de Zanoguera, y no se duda de este hecho, y las partes vàn conformes en èl; y assi no pudo succeder en el de Soler: y fue precisso, que su succession se derivasse en su hija segunda Doña Ana Maria, *Num.* 6.

15 Estos dos puntos se prueban con grande claridad: porque como queda dicho, el Mayorazgo de Soler es incompatible con el de Zanoguera; y teniendo Doña Concordia la possession de èl, se hallava impedida, y embarazada para succeder en èl, con que de necessidad derivò en su hija segunda. Demàs, que como este Vinculo de Soler, es de calidad, y segun dexamos referido, se debe tambien esta practicar en la linea primogenita; y teniendo Doña Ana Maria la de secundogenitura al tiempo de la vacante, es la que legitimamente debiò succeder, y no otro: pues en esta materia siempre se atiende al que tiene esta calidad al tiempo de la vacante, *leg.* 2. *§. Secundum quæ, ff. de suis, & legitim.* Tyber. Decian. *respons.* 7. *num.* 60. *tom.* 1. Alciat. *in leg. Proximi* 92. *de verb. signific. num.* 159. & *cons.* 560. Incipit. *Filium Agnetis.* Mieres 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 3. *num.* 11. Castillo *lib.* 5. *cap.* 93. §. 1. *à num.* 28. Rojas *de incompat. part.* 8. *cap.* 7. *num.* 4. & 5.

16 De aqui se infiere, que Don Juan de los Cobos, *Num.* 7. que tenia la linea primogenita, no fue el que succediò realmente en dicho Vinculo, yà se considere de secundogenitura, ò incompatible. Porque si fuesse de secundogenitura, no tenia la calidad de segundo, y no podia succeder. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 28. Rojas 1. *part. cap.* 8. *à num.* 12. & *maximè, num.* 38. & alij supra relati. Si fuesse incompatible, tampoco: porque como era invariable successor del Mayorazgo de Zanoguera, avia la misma razon de exclusion en èl, que en su madre. Y assi excluìdo el successor de algun Mayorazgo, se entiende tambien excluìdo su hijo primogenito, vt dicit Additio ad Rojas 3. *part. cap.* 5. *num.* 25.

17 Es verdad, que esto puede tener alguna dificultad: porque como queda dicho desde el principio, compete el derecho de eleccion entre ambos Mayorazgos; y si este de Soler se defiriesse à su hermana antes de la muerte de Doña Concordia, se seguian dos inconveniẽtes. El primero, q̃ al primogenito se le quitava el derecho de eleccion; y el segundo, que se considerava la incõpatibilidad *in habitu, & non in actu*: siendo como es conclusion cierta en esta materia, que no basta, que vno sea inmediato successor en vn Mayorazgo incompatible con otro, para llegar al acto de eleccion, y es necessario para ella, que aya concurso verdadero de ambos Mayorazgos en vna persona. D. Larr. *dec.* 52 Rojas *de incomp. p.* 7. *cap.* 4. *à n.* 40. & *p.* 8. *cap.* 6. *num.* 2. & 3. Addit. *ad dict. cap.* 4. *à num.* 28. Addit. ad Molina

lib.3.cap.2. ad num. 30. & alij plures per eos adducti: Porque *incompatibilitas non datur in potentia, & habitu sed in actu.* Rojas *de incompat. part.5.cap.3.num.31. & part.7.cap.6.num.26. & 27.*

18 Mas para el punto presente, y el derecho de Doña Maria, *Num.9.* no es de momento, ni consideracion el que al tiempo de la muerte de Doña Geronima, *Num.4.* succediesse Don Juan, *Num.7.* ò Doña Ana Maria, *Num.6.* Porque si succediò Don Juan en el Vinculo de Soler, como este muriò en vida de Doña Concordia su madre, se adquiriò el Mayorazgo à Doña Ana Maria, *Num. 6.* por muerte de su hermano; Y assi por vno, ò por otro lado, esta fue successora del fideicomisso, y Vinculo del dicho Andrès Soler.

19 Radicada, pues, la succession de dicho Vinculo de Soler en la persona de la dicha Doña Ana Maria, fue posseedora legitima de èl, hasta la muerte de Doña Concordia su madre, que fue en seis de Abril de el año de 689. en cuyo tiempo yà la dicha Doña Ana Maria de los Cobos, *Num.6.* tenia à Don Francisco, Doña Maria, y Doña Ana de los Cobos y Soler, sus hijos legitimos, *Num.9.* 10. y 11. Y aunque la susodicha, por la razon que llevamos referida, no pudiesse retener ambos Mayorazgos: y aviendo adquirido el de Zanoguera, vacò precissamente el de Soler; este se adquiriò à Don Francisco, *Num.10.* ò à la dicha Doña Maria, *Num.9.*

20 Porque como yà la dicha Doña Ana Maria, *Num. 6.* avia succedido en el dicho Vinculo, y Mayorazgo de Soler, y radicado la succession en su persona, formò linea por este hecho por sì, y sus descendientes, D. Molin. *lib.3.cap. 6. num.* 34. y aun no se necessita de actual possession, basta que in aliquo tempore aya podido succeder, ò estè en aptitud para ello. D. Molina *supr.num.36. & cap. 7. num.* 4. Castill. *lib.3. cap.15. num. 76.* y vna vez que en ella se radicò la succession, y formò linea, no puede este Mayorazgo hazer transito à otra, hasta estàr extinguidos, y acabados todos sus descendientes, *cap.1. de natura succes. fœudi.* D. Molina *dict.cap. 6. num.* 30. Ramon *consil.100.num.* 483. y con otros muchos; y que es regla cierta, Add. ad Molin. *dict.num.*30.

21 En estos terminos, y por esta razon, es formal la doctrina de Don Juan del Castillo, *lib.3.cap.15. à num.76. &* 83. donde tratando de vn caso semejante, en que vno estava posseyendo vn Mayorazgo, que era incompatible con otro, que le sobrevino, y en que esperava succeder, vacando el primero, que posseìa por el concurso, y superveniencia del segundo, dize, que el primero, que vacò pertenece à los hijos, y descendientes de el padre, y successor que le posseyò. Porque no solo por el hecho de posseer, sino por la aptitud de succeder en algun tiempo, formò linea para èl, y sus descendientes: y hasta que esta estè extinguida, no puede aver reversion à otra inflexa, ò transversal, como queda dicho.

Lo

22 Lo mismo viene à dezir Additio ad Rojas 4. *part. cap.* 1. *à n.* 10. *& seq.* donde resuelve, q̃ se ha de mirar la persona en quien concurren ambos Mayorazgos, para hazer la division de èl, teniendo por cierto, y principio assentado, que vacando el Mayorazgo, que se ha de dividir por la persona del padre, que succediò en èl, se ha de hazer la division, y separacion en el hijo segundo de este posseedor, no en el tio. Y assi aviendo sido posseedora tanto tiempo la dicha Doña Ana Maria del Mayorazgo de Soler, como es desde el año de 58. en que muriò Doña Geronima, *Num.* 4. hasta el año de 89. en que muriò la dicha Doña Concordia, es preciso, que baxe, y descienda la succession à sus hijos, y no se defiera à otra linea transversal, y distinta, como la de Doña Mariana, *Num.* 8.

23 Dos reparos tiene contra si este discurso. El primero si se ha de considerar posseedora, y successora verdadera la dicha Doña Concordia, sin embargo de la incompatibilidad. El segundo, si el Mayorazgo de Soler, es el que se adquiriò à Doña Ana, *Num* 6. no aviẽdo hecho la eleccion Doña Concordia. En quanto al primero, se dize por Don Francisco, *Num.* 10. que se radicò la succession, y fue verdadera posseedora Doña Concordia, *Num.* 5. la qual pidiò, y se le diò la possession por el Magistrado de Origuela, en virtud de la clausula del Codicilo de dicho Andrès Soler, en que llamò al hijo vnico, ò hija vnica de su hermana à la succession de este fideicomisso, en caso de no tener otro; y que este se verificò en Doña Concordia, por no aver tenido Doña Ana, *Num.* 3. otros hijos. De que infiere, que debiò succeder por la clausula referida, y que fue verdadera posseedora, por aversele dado la possession judicialmente.

24 A lo primero se satisface con la misma clausula: porque esta solo diò llamamiento al hijo vnico, ò vnica de Doña Geronima, *Num.* 2. su hermana, que considerava successor en el Mayorazgo de Zanoguera, quando no huviesse otra persona, que pudiesse succeder en este; pero teniendo distintos nietos del hijo, ò hija vnica, que pudiessen succeder, no dispensò al hijo vnico, ò hija vnica, que entrasse en la succession: porque como queda dicho al principio, militando la razon de incompatibilidad en los descendientes del hijo, ò hija vnico, como en los hijos segundos, y terceros de su hermana, se ha de practicar en aquellos la incompatibilidad, como en estos. Y assi aviendo distintos hijos, y descendientes del hijo, ò hija vnica, no puede esta succeder en competencia de ellos, como tampoco pudiera controvertir la succession en competencia de sus hermanos segundo, y tercero, hijos de Doña Geronima, *Num.* 2. Y assi por la clausula, y llamamiento referido, no debiò succeder Doña Concordia, ni se la debe tener por successora legitima.

25 Tampoco se ha de considerar como tal, por aver pedido, y dadosele la possession judicial; porque no se atiende à la vacan-

te de aquel, que injustamente posseyò de hecho, si no à la del que debiò posseer para governar la succesion, y deferir los Mayorazgos. Sobre esto ay ley especial en Castilla, que es la *ley 45. de Toro*, que luego que vaca el Mayorazgo se transfiere la possession civil, y natural en la persona, que legitimamente debiò succeder segun la fundacion, no en la que tomò la actual possession, si *aliàs* por los llamamientos no era el verdadero successor.

26 Lo mismo procede en los fideicomissos, y Mayorazgos de los Reynos de Aragon, y Valencia, *por el Fuero 6. de donationibus*. Y aunque se dà à entender, que este solo habla *in contractibus*, procede lo mismo *in vltimis voluntatibus*; y con mayor razon: porque todos los Mayorazgos de estos Reynos, se goviernan por el modo de succession de el de Castilla, y en todo se assimilan à èl; como lo advierte en Cataluña Peguera *decis. 115. num. 2.* vers. *Quod existentia*, Fontanell. *decis. 294. num. 17.* Y assi se transfiere la possession civil, y natural, y dominio en el mismo instante de la vacante, Peguera, ibi: *Num. 2.* vers. *Et cum prædicta*. Y prueba todo lo referido latissimè Vedoya, *Specul. veræ Iurisprudentiæ, lib. 3. disc. 2. à num. 16. & 40.* en que tratò del Estado de Cardona, y prueba, que la ley 45. de Toro, ò por declaratoria del derecho comun, ò *in vim* de authoridad se debe observar en aquel Reyno, y que substancialmente se practica, en aquel Senado como en el de Castilla, lo advierte, *num. 75. & seqq.*

27 Y assi no es de aprecio, que Doña Concordia tomasse la possession actual, en virtud de auto de la Governacion de Origuela: porque en caso que fuesse apreciable semejante acto, se debe entender, quando la possession se tomò con citacion, y controversia de los interessados; pero no como en este caso, sin aver requerido à los hijos de Doña Concordia, ni nombradoles algun curador, ò defensor, que propusiesse su derecho; Y no debiendose dudar, que esta possession no perjudicò à los hijos por dicha razon, tampoco se puede, ni debe tener en consideracion, para hazer juizio de la vacante verdadera. Especialmente en vn juyzio de propriedad, pendiente en este Supremo Consejo, donde se dà la determinacion, *attenta facti veritate*. Fontanel. *dec. 404. num. 24. qui refert plures*, D. Ger. de Leon *dec. 107. num. 8. & 17.* Cancer. *2. part. variar. cap. 15. num. 65.* Y para lo que toca al juicio de la propuesta, donde no se atiende

28 Esta conclusion se tiene, y reputa por cierta, *attento iure communi*, como general, è indistintamente lo advierte Rojas *de incompatib. 4. part. cap. 1. num. 85.* ibi: *Assignamus itaque pro regula, quod in omni casu in quo qui est in possessione maioratus iniustè, seu iniquè, vel nullitèr possidet, is ad quem maioratus legitime pertinet, attendendus est, vt qui ei proximior sit, ad illum admittatur, non qui proximior sit iniusto possessori, aut ei qui fuit in possessione: ita in terminis tenet, ac probat* Matienço in *leg. 5. gloss. 3. num. 2. tit. 7. lib. 5. Recopil. Neque hac sen-*

ten-

+ La posesion de hecho sino en el juicio de posesion, est formal el lugar del ... citado en contr... ... 15. n. & 308. in fine. in aliis vero Regni ... apprehensione naturali ... si alius possideat saltem ... quod multis ... potest non aliter quam in iudicio proprietatis vincere potuit successor. leg. is qui. 24. ff. de rei vindicat. §. retinendæ. inst. de interdict. Luego sin embargo de semejante posesion vence en el juicio de propiedad el que debió y debe suceder.

teztia caret authoritate : multi enim Doctores illam tuentur , & nominatim Rolando à Valle , conf. 59. vol. 3. Marco Anton. Nata conf. 676. & 677. Robles de Salcedo de repræsentat. lib. 2. cap. 6. Don Juan del Castillo*, lib. 5 cap. 178.* Don Juan Baptista Larrea *, tom. 2. decis. 51.*

29 El segundo reparo es , si no aviendo hecho Doña Corcordia la eleccion , se ha de considerar el Mayorazgo de Soler , el que descendiò à sus hijos , ò el de Zanoguera ; pero dexando esta disputa à lo que quisiesse afirmar qualquiera de las partes de Don Francisco , *Num.* 10. ò Doña Mariana, *Num.* 8. es claro el derecho de Doña Maria, *Num.* 9.

30 Porque si quisiessen dezir , que el Mayorazgo , que eligiò Doña Concordia , fue el de Soler , y dexò el de Zanoguera , este se avia de deferir por la institucion , y llamamientos del que le fundò: porque Andrès Soler (aunque pudo hazer su Mayorazgo incompatible con el de Zanoguera , y privar de su succesion al posseedor del de Zanoguera) no pudo alterar los llamamientos , que este Mayorazgo tuviesse , *ex leg. Cum filius familias , ff. de militar. testament.* yà porque èl no era dueño de aquellos bienes , en quienes podria arbitrar , *ex leg. In re mandata , Cod. mandati* : como tambien , porque aunque fuesse posseedor verdadero , no podia hazer mutacion alguna de los llamamientos de sus predecessores , D. Molina *lib. 1. cap. 8. num. 21. & seqq.* vbi Addent.

31 Y siendo esto cierto , y sin controversia , y que el Mayorazgo de Zanoguera no es incompatible , ni de secundogenitura, (lo qual se supone en el pleyto por cierto , y por no dudarse de ello , no se ha presentado la fundacion) se defiriò la succesion de este Mayorazgo à Don Juan , *Num.* 7. pues siendo su fundacion de primogenitura , no se le podia dudar la succesion à este , y por su muerte à Doña Ana Maria su hermana segunda : y por aver esta succedido tambien en tal caso en el Mayorazgo de Soler , por muerte de Doña Concordia , se defiriò à Don Francisco , *Num.* 10. quien debe elegir en el caso presente : y el que dexasse , toca sin duda alguna à la dicha Doña Maria.

32 De manera , que considerando el caso de que Doña Concordia , *Num.* 5. dexò el Mayorazgo de Zanoguera , no ay razon, ni motivo alguno , para que este no corra en los de la linea primogenita , por estàr nacidos los descendientes de ella, al tiempo del concurso del Mayorazgo de Soler , y vacante del de Zanoguera , que por èl resulta : porque su fundacion es de primogenitura , y por ella , y sus llamamientos se ha de succeder. Assi lo advierte Paz de *Tenut. cap. 57. à num. 213.* Rojas *part. 8. cap. 6. à num. 29. & eius* Addit. *num. 35.* donde dizen, que si el primogenito tuviesse vn Mayorazgo de agnacion, y otro regular , y vna hermana, eligiendo el regular , se quedara con ambos : porque la hermana no puede succeder en el de agnacion. Lo mis-

mismo succede, quando ambos son regulares, y la hermana vterina, y eligè el Mayorazgo de la madre: porque segun la fundacion del Vinculo paterno, no puede succeder la vterina; Y assi debiendose diferir el Mayorazgo, que se daxa por sus clausulas, y llamamientos, no puede el de Zanoguera deferirse à Doña Mariana, *Num* 8. aviendo tantos habiles, y capaces de la linea primogenita, ni puede aver color alguno para tal pretension.

33 Pero hablando *in sensu veritatis*, Doña Concordia no adquiriò, ni pudo posseher legitimamente el Mayorazgo de Soler, y tocò à Don Juan, ò Doña Ana Maria sus hijos, *Num. 6. & 7.* por muerte de Doña Geronima, *Num.* 4. Lo primero, por la Clausula del Codicilo, en que llamò al Primogenito, dexando el Mayorazgo de Zanoguera; pero reteniendole, llamò al segundo, y los demàs en las Clausulas del Testamento. Y constando de estos autos, que Doña Concordia no dexò, antes bien posseyò el Mayorazgo de Zanoguera por los dias de su vida, no tuvo capacidad para succeder en el de Soler.

34 Lo segundo, porque si se atiende à la Clementina, *Gratiæ de rescriptis*, y las Doctrinas de Don Juan del Castillo, *lib.* 5. *cap.* 178. *num.* 16. *& cap.* 179. *&* 180. *à num.* 12. 13. *&* 30. Valêçuel. *cons.* 83. con otros muchos q̃ refieren, que dizen, que aviendo succedido vno en algun Mayorazgo, que es incompatible con otro, que espera succeder, se entiende, que ha hecho eleccion del primero, y renunciado el futuro: si bien Rojas *part.* 7. *cap.* 5. *& part.* 8. *cap.* 6. *num. final*, y su Addicionador, resuelven lo contrario, D. Larrea *decis.* 52.

35 Lo tercero, porque siempre se entiende hecha, ò que se ha de hazer la eleccion *arbitrio boni viri*, y del Mayorazgo mas principal, y quantioso, *aliàs* fuera dolosa, y de ningun efecto, vt cũ Bartolo, & alijs Paz *de Tenut. cap.* 57. *num.* 215. *&* 216. Rojas *part.* 8. *cap.* 6. *à num.* 14. *& n.* 33. Y el de Zanoguera es mas principal en la familia: porque venia por parte del padre, D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 38. Y porque en realidad de verdad es mucho mas acomodado, y quantioso, que el de Soler; y assi se viò, y reconociò en Doña Ana, *Num.* 3. que se quedò con el de Zanoguera, y dexò à su hermana Doña Geronima el de Soler, en que succediò. Con que el que se ha de considerar por vaco en los concursos de incompatibilidad, que ha avido, es el de Andrès Soler.

36 Y debaxo de este supuesto, que es cierto, corre legitimamente lo que llevamos referido, de que por muerte de Doña Geronima, *Num.* 4. succediò Don Juan, ò Doña Ana Maria, *Num.* 6. *y* 7. y aviendo succedido en el de Zanoguera Doña Ana Maria, *Num.* 6. por muerte de su madre, en el año de 89. y concurrido ambos en Doña Maria, ò succediò derechamente en el de Soler Doña Maria, *Num.* 9. ò Don Francisco ha de elegir, como se ha pedido por las partes: y

el

el que dexare, toca à Doña Maria su hermana, *Num.9.* con exclusion de Doña Mariana, *Num.8.*

37 Aviendo de elegir Don Francisco, *Num.* 10. como està pedido, es notorio, y constante, que el Mayorazgo que dexare toca à Doña Maria su hermana, *Num.9.* y no à la Tia del eligente: ni serà facil, que se trayga algun lugar, que afirme lo contrario: porque solo ha sido la disputa de los Doctores, si la division se ha de hazer en los hijos de el que elige, ò en su hermano, diziendo vnos, que si el eligente tiene hijo segundo, este ha de succeder: otros, que el Tio hermano de el eligente, como se puede reconocer, *apud* D. Solorç. *tom.2.lib.2.cap.19. à num.* 52. Castill. *cap.* 178. D.Larrea *dec.* 51. Rojas *de incompatib.part.7.cap.6.à num.30.cum seqq.* D.Olea in Addit. *ad tit.3.quæst.4.à num.6.*

38 Y el Addicionador de Rojas *dict.part.7.cap.6 n. 5. & seqq.* lo declara mas: que se ha de mirar la persona que elige, y en quien se verifica el concurso, para decidir si à su hijo primogenito, ò segundogenito, ò à su hermano Tio de los referidos se ha de dar el Mayorazgo, trayendo para esto la regla, si es real, ò personal la incompatibilidad, porque en vn caso, succederàn los hijos del eligente, en el otro el hermano; pero en ninguno ay Autor, que diga, que toca la succession al Tio del eligente, ni aun proponen semejante especie, como estraña, y contraria al curso natural de la succession de los Mayorazgos: porque se apartava de la linea mas proxima del eligente, y se dava à la mas remota; vt ex Mieres, *& alijs deducit* dict. Addit. ad Rojas *supra.*

39 Reconociendo Doña Mariana, *Num.* 8. la prelacion de su sobrina Doña Maria, *Num.9.* dize en su vltimo pedimento, expressado en el Memorial de hecho, *Num.* 57. que quando tuviera alguna duda su derecho, hallandose al tiempo de la vacante de Doña Concordia, *Num.5.* con hijo varon, que es Don Manuel Pando, *Num.* 12. debe este succeder por la repetida prelacion, que diò à los varones el Fundador.

40 Quando este pudiesse tener algun derecho, era necessario, que huviesse salido, y puesto su demanda, como los demàs en tiempo, y en forma: y no se ha hecho assi, y todo lo que por sus Padres se alega en su vltimo pedimento, en quanto à este punto, es defensa, y excepcion *de iure tertij*, que no se admite, conforme à la disposicion de derecho, *leg. loci corpus, §. competit, ff. si servitus vendic. quoad te liberas ædes habeo.*

41 Y demàs de esto, lo cierto es, que el Fundador quiso agnacion verdadera en los hijos varones de Doña Geronima Soler su hermana, cuyo concepto caducò por no averlos tenido. Y tambien, porque aviendo succedido Doña Geronima, *Num.4.* hija segunda de la primera llamada, se hizo yà el Mayorazgo regular. Porque con la

in-

intermisſion,ò ſucceſsion de alguna hembra,ſe haze regular el Mayorazgo de agnacion, Rojas *de incomp.3.p.cap.4. n. 19. & à n. 7.* D. Joſeph Vela *diſſert.49.n.14.69.71.& à n.103.* Caſtill.*lib.5.cap.91. n.84.& cap.92.n.1.& cap.143.§.vnic.n.5.12.& 13.*

42 Pudieraſe dezir, que en los deſcendientes de la hija ſegũda, quiſo tambien ſuſcitar agnacion artificioſa; pero ſe ſatisface facilmente. Lo primero, que para eſta irregularidad, era neceſſaria vna voluntad clara, y expreſſa, Lara *de vita hom.cap.30.num.116.* Caſtillo *lib.5.cap.133.num.14.* Rojas *de incomp. 1.part.cap.6.à n.312.& 3. part.cap.4. à num.16.* Vela *diſert. 49.à n. 105.* Addit. Ad Rojas *dict. cap.6.n.335.& cap.4.num.9.* Lo ſegundo, que tambien caducò, por no aver tenido deſcendientes, Rojas *1.part.cap.6.num. 315. in fin.* Lo tercero, que ſucceden oy los deſcendientes de otra hembra, que es Doña Concordia, por cuya intermiſsion ſe rompe la agnacion artificioſa, como la verdadera, Lara *de vita homin.cap. 30. à num. 117. cum alijs.* Lo quarto, porque aunque en Doña Geronima hija ſegunda, y las demàs, quiſieſſemos voluntariamente conceder, que diſpuſo agnacion artificioſa, no la expreſsò en los deſcendientes de la linea primogenita: y la agnacion nó ſe extiende de vna à otra linea, D. Molina *lib.1.cap.5.num.37.* vbi Add.*& cap.6.num.26.* Rojas *1.part. cap.6.n.307.* Lara *de vita hom.cap.30.n.85.* Add.ad Roj.*d.c.6.n.332.*

43 Y porque la verdad es, que los llamamientos hechos por el Fundador en los hijos, y deſcendientes de la hija ſegunda, y tercera de ſus hermanas, no fue irregular: pues en la clauſula 18. del teſtamento declarò todo ſu cõcepto, diziẽdo: *De tal manera, que la ſucceſsion de mis bienes, y herẽcia, vaya à los varones, aviendo varones: y ſi no en las mugeres, en todo tiẽpo guardãdo el orden de mayoria,* la qual es regular, porque no aviẽdo excluſion de hẽbras, antes bien llamandolas, como à los varones collectivamente, ſe entiende, que cada vno eſtà llamado en ſu caſo; ſin que la hembra de mejor linea eſtè excluìda en competencia de varones vlteriores. Lara *de vita homin.cap.30.n.82.* D. Valenç. *conſ.97.num.78.* D. Molin.*lib.3.cap.5.num.32.50.& 71.* Gama *deciſ. 354.num.6.* Mieres *de maiorat. 2.p.q.6.num.49.*

44 De que reſulta, que eſte Mayorazgo no puede dexar de ſer oy regular, y que ſiendo, como es incompatible, debe elegir Don Franciſco, *Num.10.* porque no los puede retener à vn tiempo: y la queſtion ſolo pudiera ſer ſi dicho Don Franciſco tuvieſſe dos hijos; pero no teniendo alguno, no puede dexar de ſucceder ſu hermana Doña Maria, *Num. 9.* ſin que la pueda hazer alguna opoſicion Doña Mariana ſu tia, *Num.8.* por ſer de linea mas remota, como queda dicho.

Y aſsi eſpera ſe determine à ſu favor. *Salvo in omnibus, &c.*

Lic. Don Franciſco de Garzaron.